

# J.W.A. Fleuren, Een ieder verbindende bepalingen van verdragen

Diss. RU Nijmegen, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, xvi+531 p., ISBN 9054544465.

Het proefschrift van Fleuren handelt over het begrip 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen' in artikelen 93 en 94 Grondwet. Deze bepalingen hebben trouwens ook betrekking op besluiten van volkenrechtelijke organisaties, maar deze sluit Fleuren uit van zijn verhandeling. Artikel 93 bepaalt dat een ieder verbindende bepalingen van verdragen verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. Artikel 94 bepaalt dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden als ze niet verenigbaar zijn met zulke verdragsbepalingen.

Over de materie is in de loop der jaren in Nederland het een en ander geschreven, veelal in de vorm van wetenschappelijke artikelen. Jan Brouwer wijdde in 1992 een proefschrift aan het onderwerp verdragsrecht in Nederland (gerecenseerd in *RMThemis* 1994-9, p. 449-456) dat nog ruimte liet voor een zeer grondige verhandeling als in het voorliggende, zeer degelijke, proefschrift. Het voorziet in een broodnodig overzicht van de verschillende vraagstukken rond de betrokken grondwetsartikelen.

Het proefschrift bevat acht hoofdstukken. Na twee inleidende hoofdstukken volgt een historisch deel (hoofdstukken III en IV), een systematisch deel (hoofdstukken V tot VII), en een afsluitend hoofdstuk (hoofdstuk VIII) waarin voorgesteld wordt het begrip 'een ieder verbindende bepalingen' uit de Grondwet te schrappen en in de praktijk te vervangen door wat de schrijver het 'effectiviteitsbeginsel' noemt.

Na het eerste, afbakende, hoofdstuk, bevat het tweede hoofdstuk een uitvoerige beschrijving van de volkenrechtelijke en staatsrechtelijke context waarin het vraagstuk van de 'een ieder verbindende' verdrags-

bepalingen moet worden geplaatst. Het beschrijft helder het onderscheid tussen de interne gelding van volkenrechtelijke normen, de voorrang van intern geldende volkenrechtelijke normen en de vraag in hoeverre zulke normen door bestuurlijke en rechterlijke ambten kunnen worden toegepast.

De historisch georiënteerde hoofdstukken III en IV handelen over respectievelijk de status van verdragen in de Nederlandse rechtsorde in de periode van 1814-1953, en over de grondwetsherzieningen van 1953, 1956 en 1983. Bij deze grondwetswijzigingen werden achtereenvolgens de kwestie van de voorrang van verdragsnormen geregeld (1953), de onderscheiding van 'een ieder verbindende' en 'niet een ieder verbindende' verdragsbepalingen' ingevoerd (1956), en dit laatste onderscheid uitdrukkelijk gehandhaafd (1983).

Terwijl het in hoofdstuk IV vooral gaat om een analyse van de totstandkomingsgeschiedenis zoals die blijkt uit de rapporten van de achtereenvolgende staatscommissies en de parlementaire stukken, gaat het in de hoofdstukken V tot VII om een meer dogmatische analyse van de systematiek van de grondwetsbepalingen en hun betekenis in de jurisprudentie. In deze laatste hoofdstukken blijkt de grondwetsgeschiedenis een veel beperktere rol te spelen. Hierin worden achtereenvolgens de voorwaarden voor een ieder verbindende kracht, de effecten van verdragsbepalingen die een ieder verbinden, en de effecten van bepalingen die niet een ieder verbinden grondig geanalyseerd.

Het proefschrift van Fleuren lijkt in bepaalde opzichten te staan in de lijn van wat de constitutionalist Kortmann de 'Nijmeegse school' van staatsrechtbeoefening heeft ge-

noemd. Een sterke nadruk op een beweerdelijk rechtspositivistische vorm van staatsrechtbeoefening staat daarin centraal, en lijkt op het eerste gezicht ook in dit boek prominent. Toch is het de vraag in hoeverre dit werkelijk wel zo is. Deze recensent acht het meest waardevolle aan het onderzoek van Fleuren dat naast de degelijke analyse van de grondwetsbepalingen, juist een benadering een doorslaggevende rol speelt die meer op de normatieve logica van een taalanalytische benadering gestoeld is dan op een *black letter*-benadering die sommige Nijmeegse constitutionalisten volgen (waarbij aangetekend zij dat in wijsgerige zin de taalanalytische benadering natuurlijk niet losstaat van het positivisme). Het is deze benadering immers die Fleuren uiteindelijk brengt tot het verwerpen van het positiefrechtelijke onderscheid dat het begrip dat de titel vormt van het proefschrift aanbrengt: dat tussen verdragsbepalingen die een ieder verbindend zijn en verdragsbepalingen die dat niet zijn. Opvallend in het proefschrift van Fleuren is de welhaast historische benadering van de materie in hoofdstuk IV, terwijl hij op een sterk analytisch-dogmatische benadering overstapt in te latere hoofdstukken, een analyse die veel vrijer en kritischer staat tegenover het historische materiaal. In hoofdstuk IV schuwt de auteur niet om zelfs uit de persoonlijke archieven van leden van staatscommissies en kamerleden allerlei informatie af te leiden die zijns inziens de betekenis van de betrokken (ontworpen en ook in de Grondwet opgenomen) rechtsregels bepalen. Bij deze manier van uitleg gaat het de auteur niet slechts om de 'betekenis' in wetenschappelijke zin, die gericht is op het verwerven van inzicht en begrip, maar op de betekenis in termen van *geldend recht*.

Het bijna historistische in zijn benadering spreekt ook het consistente gebruik van de *praesens historicum* in dit hoofdstuk. Elk flintertje historisch materiaal wordt gebruikt om te achterhalen wat de bedoeling was van de grondwetgever. Doorslaggevend is, om het op z'n Amerikaans te zeggen, de *original intent* van de grondwetgever. Nu is niet altijd duidelijk in hoeverre er werkelijk sprake kan zijn van zo'n oorspronkelijke bedoeling. Veel van wat er rond de grondwetsherzieningen gezegd is, geeft even zovele, vaak uiteenlopende interpretaties van wat er wel of niet bedoeld is of kan zijn met een dubbelzinnig begrip als we relevante grondwetsartikelen tegenkomen (en dit geldt trouwens voor grondwetsbepalingen in het algemeen). Dit zo zijnde, is het bij een dergelijke historische benadering de vraag of, en zo ja waarom, een van die vele bedoelingen bepalend is. Om dit laatste te beslissen is een ander criterium nodig dan het enkele gegeven dat op een bepaald historisch moment iets door deze of gene is gesteld. Daarnaast is het de vraag of bij een historische benadering de oorspronkelijke bedoeling wel beslissend moet zijn, en zelfs of de oorspronkelijke bedoeling überhaupt een rol moet spelen – zoals met name in de Amerikaanse literatuur over grondwetsuitleg uitvoerig is bediscussieerd. Dit zijn vragen die ook aan deze zijde van de Atlantische Oceaan relevant zijn. Wat betreft de bedoeling van de verdragsluitende partijen bij de Europese oprichtingsverdragen, weten we uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG dat deze constitutionele rechter het erop houdt dat de bedoeling van de verdragsluitende partijen van geen belang is. Dit is door het Hof gesteld in *Gözütok en Brügge* van 11 februari 2003 (C-187/01 en C-385/01, *Jur.*, p. I-1345, r.o. 46). Wat deze constitutionele rechtsorde betreft, weten we dat bijvoorbeeld artikel 18 EG-Verdrag, dat gaat over het burgerrecht van vrij reizen en verblijf van EU-burgers binnen de EU, door de regeringen van de lidstaten die over deze bepaling hebben onderhandeld, tegenover de nationale parlementen ondubbelzinnig is gepresenteerd als

een niet-rechtstreeks werkende bepaling (zo ook de Nederlandse regering tegenover de Staten-Generaal). Maar dit heeft het Hof er niet van weerhouden om aan het recht op verblijf krachtens deze bepaling toch rechtstreekse werking toe te kennen (*Baumbast*, 17 september 2002, C-413/99, r.o. 94).

In het Nederlandse constitutionele recht gaan we (gelukkig) niet zover als het HvJ EG. En zo oud als de Amerikaanse constitutie is onze Grondwet ook al niet. Toch gaat de schrijver in zijn hoofdstuk IV wel erg ver. Een voorbeeld van de historistische insteek is een aantal paragrafen over de vraag of de voorgangers van artikelen 93 en 94 Grondwet in de Grondwet van 1953 'slechts zien op [verdragen] die *self-executing* zijn'. Dat zij dit deden, was een stelling van de commissie-Kranenburg die de grondwetsherziening van 1956 voorbereidde. De schrijver gaat dan na 'in hoeverre deze uitleg van de totstandkomingsgeschiedenis juist is' (p.192-199). De lezer vraagt zich af wat het uitmaakt, temeer nu de bevindingen van de schrijver eigenlijk bevestigen dat er dingen gezegd zijn die erop lijken te wijzen dat sommigen inderdaad alleen aan zulke *self-executing* verdragen dachten en anderen dat niet deden. Bovendien ging het er bij de herziening van 1956 per slot van rekening om, een uitleg van de bepalingen van 1953 vast te leggen die duidelijk maakt hoe men deze bepalingen behoort te lezen. Deze normativiteit (hoe behoort een bepaling te worden verstaan) in samenhang met de vrijwel inherente mogelijkheid om aan dezelfde termen verschillende betekenissen toe te kennen, hebben elk hun gevolgen. De veelheid van betekenissen van een historische uiting maken een historische reconstructie lastig. Men mag zich met recht afvragen of er in een geval als dit zoiets is als 'de werkelijkheid' – de term die schrijver hanteert als maatstaf in zijn conclusie van de relevante paragrafen. De normativiteit van de vraag hoe een bepaling behoort te worden verstaan maakt een historische reconstructie ook minder relevant voor het vaststellen van een normatieve betekenis

– het is niet zinvol de veelheid van verschillend te verstane feiten tot maatstaf te maken van wat niet feitelijk is maar normatief hoort te zijn. Het belang van de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever is voor Fleuren – althans in dit hoofdstuk – soms zelfs zo groot dat ernstige bedenkingen van grondwetsystematische aard die men kan hebben tegen bepaalde interpretaties of stellingen die tijdens het tot stand brengen van de grondwetswijzigingen door leden van de grondwetgevende macht zijn geuit, door de schrijver zonder meer terzijde worden geschoven met een beroep op geschiedkundige documenten. Hij lijkt er zelfs bezwaar tegen te hebben dat de grondwetgevende instellingen bij het tot stand brengen van de herziening van 1956 een systematische samenhang zijn gaan zien tussen de voorrangsbepaling (toen artikel 65) en de bekendmakingsbepaling (toen artikel 66, tweede volzin) in de Grondwet van 1953. Fleurens bezwaar is dat deze samenhang ten tijde van het tot stand brengen van deze bepalingen in 1953 nog niet zo sterk in de stukken naar voren kwam als de grondwetgever van 1956 die is gaan zien, en wellicht werd zelfs die samenhang in 1953 niet eens bedoeld. Maar als zelfs de grondwetgever bij zijn herzien van een oudere bepaling geen uitleg meer kan geven aan de Grondwet met het oog op de codificatie van die uitleg in de Grondwet zelf, en ~~vel~~ dat niet mag omdat deze niet voor honderd procent overeenkomt met een historisch aantoonbare oorspronkelijke bedoeling, is men dan de oorspronkelijke bedoeling niet al te zeer aan het verabsoluteren? Ik denk het wel. Wat Fleuren voor de grondwetgever voor onwenselijk houdt, moet voor de doorsnee academische constitutionalist al helemaal taboe zijn. Zo de kwestie van de verhouding tussen artikel 94 Grondwet (voorrang van een ieder verbindende bepalingen), artikel 91 lid 3 Grondwet (eis van een gekwalificeerde meerderheid in beide kamers van de Staten-Generaal bij goedkeuring van verdragen die afwijken van de Grondwet) en artikel 120 Grondwet (verbod van rechterlijke toetsing van verdragen aan

de Grondwet). Deze bepalingen in onderlinge verhouding bezien, roepen een aantal vragen op waar de afgelopen jaren de aandacht op gevestigd is. Een van die vragen bespreek ik hier om aan te tonen dat men met de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever niet toef kan om van deze samenhang chocola te maken.

Voorop zij gesteld dat de verhouding tussen deze bepalingen erg belangrijk is. Artikel 94 van de Grondwet is immers – al stelt Fleuren het (zeker in de historische hoofdstukken) niet centraal – in essentie een bepaling over de scheiding van rechterlijke en wetgevende macht. Het ging het amendement-Serrarens, waarbij de voorrang van verdragsrecht op nationaal recht in de Grondwet werd opgenomen, bovenal om de rechterlijke bevoegdheid de wet te toetsen aan verdragen versus de onschendbaarheid van de wet. Het amendement had de bedoeling in dat opzicht helderheid te scheppen, het regeringsstandpunt over de bij amendement voorgestelde voorrangsbepaling ging alleen daarover, en al evenzeer het betreffende kamerdebat. Artikel 91 lid 3 daarentegen concentreert, mede gelezen in samenhang met artikel 120 Grondwet, de bevoegdheid te oordelen over het al dan niet afwijken van de Grondwet door verdragen bij de wetgever, met uitsluiting van de bevoegdheid van de rechter daarover te oordelen.

Stel nu dat het de rechter op grond van artikel 94 van de Grondwet zonder meer zou zijn toegestaan om grondwetsbepalingen buiten toepassing te laten omdat hij meent dat deze in strijd zouden zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen, ook in een geval waarin het betreffende verdrag *niet* conform artikel 91 lid 3 Grondwet met een meerderheid van twee derden van de stemmen in elk van de kamers is goedgekeurd. Hoe verhoudt zich dit tot het verbod nivat in artikel 120 Grondwet om na te gaan of een verdrag in overeenstemming is met de Grondwet? Was het de bedoeling van de grondwetgever met artikel 94 dat in geval de Staten-Generaal en regering tot de conclusie waren ge-

komen dat het verdrag niet afwijkt van de Grondwet, de rechter hierna alsnog tot de conclusie zou mogen komen dat de wetgever het bij het verkeerde eind had, en daarmee alsnog de wetgever zou dwingen over te gaan tot goedkeuring van het betreffende verdrag met de vereiste gekwalificeerde meerderheid (aangenomen dat de wetgever inderdaad tegelijkertijd zowel verdragspartij wil blijven als de Grondwet wil eerbiedigen)?

De geschiedenis omtrent de oorspronkelijke bedoeling zoals door Fleuren beschreven, zag dit soort samenhangen niet, en een ondubbelzinnig antwoord op de vraag zoals hier gesteld is er niet te vinden. Toch baseert Fleuren zijn antwoord op de historische stukken. De geschiedenis wijst uit dat de paar keer dat met name de regering zich over de reikwijdte van (thans) artikel 94 uitliet, zij vond dat ook grondwetsbepalingen begrepen zijn onder de aan (een ieder verbindende) verdragsbepalingen toetsbare 'in het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften', zonder dat de regering deze bevoegdheid beperkte tot verdragen die conform artikel 91 lid 3 Grondwet met gekwalificeerde meerderheid door het parlement zijn goedgekeurd. Fleuren neemt deze uitingen als teken van de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever, en trekt daaruit de conclusie dat de rechter inderdaad grondwetsbepalingen buiten toepassing kan laten wegens strijd met verdragsbepalingen, ongeacht het oordeel van de wetgever over deze grondwettigheid.

Tegelijkertijd staat het volgens Fleuren eveneens vast dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet bij de grondwetsherziening van 1956 en 1983 bedoeld was de rechter te verbieden om na te gaan of een verdrag op grondwettige wijze was goedgekeurd: het gaat naar de bedoeling van de grondwetgever in artikel 120 Grondwet om een verbod van toetsing van het verdrag aan de grondwettelijke goedkeuringseis. Hij trekt uit de volgorde der stukken de historische conclusie dat, *omdat* dit de kennelijke bedoeling was, dit 'voor

positief recht moet doorgaan' (p. 172).

Probleem is nu dat door een rechterlijke vaststelling dat een grondwetsbepaling niet in overeenstemming is met een verdragsbepaling, ingeval het betreffende verdrag niet met de grondwettelijk voorgeschreven gekwalificeerde meerderheid in het parlement is goedgekeurd, de rechter bij implicatie tevens een oordeel geeft over de gevolgde procedure. Het ene (onverenigbaarheid van grondwetsbepaling en verdragsbepaling) is onverbrekkelijk verbonden met het andere (het procedurevoorschrift van parlementaire goedkeuring bij gekwalificeerde meerderheid).

De geschiedenis van de bedoeling van de grondwetgever blijkt hier dus tot een tegenstrijdig resultaat te leiden. Naar de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever mag de rechter zonder voorbehoud tot materiële onverenigbaarheid van Grondwet en verdrag concluderen, maar mag hij geen oordeel geven over de vraag of het verdrag met een gekwalificeerde meerderheid had moeten worden goedgekeurd. Maar door het eerste te doen, doet hij ook het tweede. Een oplossing uit deze situatie kan alleen gevonden worden door systematische uitleg, los van de historisch geconstrueerde oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever die immers tegenstrijdig is. Daarbij zijn verschillende oplossingen denkbaar.

Fleuren – die overigens de tegenstrijdigheid niet signaleert – sluit voor een oplossing aan bij een aantal opmerkingen die de regering heeft gemaakt over de voorrang op nationaal recht, om uiteindelijk deze te laten overwegen op andere historische overwegingen en kiest aldus voor de rechterlijke bevoegdheid om ook ongrondwettig gesloten verdragen voorrang te verlenen boven grondwetsbepalingen. De basis van Fleuren's keuze is niet historisch: hij fundeert zijn keuze op de stelling dat een andere uitleg 'de internationale positie van het Koninkrijk in gevaar brengt' (p. 167) en 'het gevaar [in zich draagt] dat de rechter het Koninkrijk in verlegenheid brengt' (p. 174) – een soort *raison d'État* dus.

Men kan er anders over denken. Het argument van de 'internationale positie van het Koninkrijk' is weinig krachtig, al was het maar omdat de regel dat verdragen boven de Grondwet gaan, in geen enkele andere staat van betekenis waarmee het Koninkrijk verdragen pleegt te sluiten erkend wordt. De internationale positie van het Koninkrijk op dit punt is er een van grote geïsoleerdheid. Er is bijna geen ander land waar de rechter bevoegd is grondwetsbepalingen buiten toepassing te laten wegens diens eigen oordeel dat deze onverenigbaar is met een verdragsbepaling. Dit brengt mij tot verwerping van Fleurens benadering. Die is eveneens gebaseerd op een soort *raison d'État*, maar een andere, die in wezen haar basis in (een vorm van) constitutionele reciprociteit in de internationale verhoudingen vindt en de eigen constitutie serieus neemt.

Zou reciprociteit in de internationale verhoudingen een rol mogen spelen als we het hebben over verdragsverplichtingen? Fleuren rept er niet over, hetgeen niet verbaast – er is immers in de grondwetsgeschiedenis weinig te vinden over het elders wel als constitutioneel principe erkende voorwaarde van wederkerigheid (een principe met eigen problemen, overigens). Meer in het algemeen heeft hij weinig oog voor argumenten die pleiten voor de opvatting dat verdragsbepalingen niet zonder meer gelijk mogen worden gesteld aan wettelijke bepalingen zoals we die kennen binnen de nationale rechtsorde. Integendeel, het slotpleidooi waarin het proefschrift uitmond, en waarbij Fleuren het onderscheid tussen 'een ieder verbindende' en 'niet een ieder verbindende' verdragsbepalingen verwerpt, is ten principale gebaseerd op de idee dat verdragsbepalingen exact dezelfde juridische betekenis dienen te hebben als wettelijke bepalingen van nationale oorsprong. De effectiviteit van de norm staat voorop. Daarbij is er voor een onderscheid naar de oorsprong van normen geen plaats. Voor verdragen betekent dit door Fleuren geformuleerde 'effectiviteitsbeginsel' dat 'indien en voorzover een verdrag de Staat verplicht

bepaalde rechtsgevolgen in de nationale rechtsorde in het leven te roepen, [...] deze rechtsgevolgen in[treden] voor zover dit voortvloeit uit een deugdelijke argumentatie' (p. 446). Tot de 'deugdelijke' premissen in een dergelijke argumentatie behoort volgens Fleuren niet een onderscheid tussen het normatief karakter van verdragsbepalingen en wettelijke bepalingen. Evenmin behoort daartoe een *categorische* premisse omtrent de machtenscheiding tussen rechter en wetgever als vervat in de voorrangsbepaling van artikel 94 Grondwet, inhoudend dat alleen wanneer een verdragsbepaling een ieder verbindend is (geacht moet worden zich voor toepassing door de rechter te lenen op basis van bijvoorbeeld de strekking van een bepaling naar nationaal en/of volkenrecht) de rechter de wet, Grondwet, Statuut, koninkrijkswetgeving en lagere regelgeving buiten toepassing kan laten. Alleen *ad hoc* kan het zich in de door Fleuren voorgestane benadering voordoen dat de Nederlandse rechter de wet (etc.) niet buiten toepassing laat op basis van het gegeven dat een bepaalde juridische oplossing voor een geconstateerde onverenigbaarheid beter aan de wetgever kan worden overgelaten. Maar dit laatste is als het ware een toevaligheid.

Fleuren is er zich ten eerste van bewust dat hij in zijn slothoofdstuk het positieve recht achter zich laat, ook al gaat hij nog wel na in hoeverre deze niet-positiefrechtelijke opvatting van betekenis zou kunnen zijn voor een meer consistente en overtuigende toepassing door de rechter van artikel 94 van de Grondwet zoals het nu luidt (p. 451-454). Deze zou er – kort gezegd – op neerkomen dat alleen als een verdragsbepaling de rechtspositie van de burger op generlei wijze regelt en een dergelijke regeling jegens burgers opdraagt of overlaat aan de nationale wetgevers, de bepaling niet een ieder verbindend zou moeten worden geacht.

In wezen is dit ook de benadering die Fleuren voorstaat bij het schrappen van de term 'een ieder verbindend' in de grondwetsbepalingen. Fleuren meent in zijn slotzin dat er

voor een dergelijke uitleg van de bestaande bepalingen, 'aanknopingspunten' te vinden zijn in de (voor)geschiedenis van artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Als hij dit werkelijk meent, dan is dus het traceren van een puur historische 'oorspronkelijke bedoeling' uiteindelijk niet een doel in zichzelf, en al evenmin bepalend voor de betekenis die toegekend wordt aan een grondwetsbepaling. Integendeel, de analyse van de normatieve betekenis van een grondwetsbepaling in historisch perspectief blijkt dan uiteindelijk bepaald te kunnen worden door niet-positiefrechtelijke overwegingen, niet zijnde de 'oorspronkelijke bedoeling' van de grondwetgever. Anders gezegd, niet-positiefrechtelijke opvattingen kunnen tot positief recht worden zonder dat men daarvoor de Grondwet hoeft te wijzigen. De grens tussen wat positief recht is en dat (nog) niet is, is juist in historisch perspectief dus niet zo strak als wellicht lijkt voor diegenen voor wie er een 'oorspronkelijke bedoeling' van grondwetsbepalingen is die allesbepalend zou zijn. Het is eerder een kwestie van uitleg en toepassing van de geschiedenis in het licht van bepaalde rationele principes, en niet van de oorspronkelijke bedoeling, die doorslaggevend is.

Overigens is het nog de vraag of het probleem wel opgelost wordt bij een benadering als voorgestaan door Fleuren. In zijn opvatting zou een verdragsbepaling slechts niet een ieder verbindend moeten worden geacht (bij schrapping van de term: moet een verdragsbepaling bij de toetsing door de rechter buiten beschouwing blijven) indien de verdragsbepaling de rechtspositie van de burger op generlei wijze regelt en de regeling van die rechtspositie overlaat of opdraagt aan de nationale wetgevers. Vraag is of zo een verdragsbepaling wel bestaat, nu op een of andere manier de verdragsbepaling toch moet aangeven over welk onderwerp dat de rechtspositie van de burger raakt de nationale wetgever gehouden is wetgeving tot stand te brengen. Dan zijn we uiteindelijk toch misschien eerder bij af dan Fleuren lijkt te denken. De mate van afbakening van dat te regelen onder-

werp bepaalt dan immers of een bepaling 'een ieder verbindend is' of niet. En de mate van afbakening die in verdragsbepaling te vinden is, is volgens de huidige jurisprudentie nu juist een van de cruciale punten om te bepalen of een bepaling wel of niet een ieder verbindend is. We zijn in dit opzicht dan waarschijnlijk weinig verder gekomen met het alternatieve 'effectiviteitsbeginsel'.

Dit beginsel leent zich ook in ander opzicht voor kritische bejegening. Zoals hierboven al aangestipt, staat in Fleurens analyse niet erg voorop dat het begrip 'een ieder verbindende bepalingen' geheel in functie staat van de scheiding van wetgevende en rechtsprekende macht. Dit blijkt op vele plaatsen in de totstandkomingsgeschiedenis van de respectievelijke versies van de bepaling, die Fleuren weergeeft, maar zonder dat de schrijver daar bijzondere betekenis aan hecht. Onvermijdelijk komt het echter naar voren bij een analyse van de jurisprudentie rond de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter bij het buiten toepassing laten van wettelijke bepalingen wegens onverenigbaarheid met verdragsbepalingen. De afbakening van de respectievelijke bevoegdheden van rechter en wetgever als crux van het onderscheid tussen 'een ieder verbindende bepalingen' en 'niet een ieder verbindende bepalingen' verdwijnt echter met het uitwissen van dit onderscheid. Dit blijkt ook uit de definitie en uitwerking van Fleurens 'effectiviteitsbeginsel'.

Want dat het de *rechter* moet zijn die, in voorkomende gevallen zelfs met uitsluiting van de wetgever en de grondwetgever, de ultieme bevoegdheid heeft om binnen de nationale rechtsorde de rechtsgevolgen te laten intreden waar een verdrag een staat toe verplicht, is in de argumentatie van Fleuren een verzwegen premisse. Maar dit *begs the question*: moet het wel altijd de rechter zijn om dat te doen wanneer hem dat zo uitkomt? Is het nu werkelijk zo kwalijk om ten aanzien van verdragsbepalingen waarvan de rechter zelf tot het oordeel komt dat die zich naar hun inhoud niet lenen voor toepassing door de rechter, deze bij wijze van algemene categorie aan te

duiden als 'niet een ieder verbindende' bepalingen en te dien aanzien de taak tot uitleg en uitvoering te leggen bij de wetgever? Is het werkelijk zo dat de rechter altijd het meest geschikt is als agent van de internationale rechtsorde op te treden teneinde dat recht binnen de nationale rechtsorde te realiseren, en wel door daarbij Grondwet en wet terzijde te schuiven? Is de internationale rechtsorde, waarbij deze onder omstandigheden van globalisering een verder terugdringen van constitutionele instellingen en met name van een parlementair-democratische delegitimatatie van overheidsgezag betekent, werkelijk zo gunstig voor de rechten en vrijheden van individuen op titel van deze internationale orde?

Fleuren is ook op een ander punt weinig gevoelig voor het onderscheiden van machten. Zo is het voor hem vanzelfsprekend dat artikel 94 Grondwet zich tevens richt tot het bestuur, in die zin dat ook bestuursorganen zelf bevoegd zijn de wet, Grondwet en Statuut buiten toepassing te laten omdat het betreffende bestuursorgaan meent dat deze in strijd zouden zijn met een een ieder verbindende verdragsbepaling (p. 346 e.v.). Terwijl elders Fleuren zeer hecht aan de oorspronkelijke intentie van de grondwetgever, is het hier voor hem geheel onproblematisch dat dit oogmerk op geen enkele wijze voorstond ~~de~~ de grondwetsherzieningen die hij zo uitvoerig behandelt. Nu zijn er enkele logische en systematische argumenten te bedenken die inderdaad tot de conclusie kunnen leiden dat, althans binnen zekere grenzen, het bestuur wellicht verondersteld moet worden de door Fleuren voorgestane bevoegdheid te hebben. Er zijn ook vele argumenten tegen. Het (op enkele zeer schaarse uitzonderingen na) ontbreken van nationale bevoegdheden scheppende bepalingen in verdragen, het niet-equivalent zijn van verdragen (die in veel gevallen geen parlementaire goedkeuring vergen, ongeacht of zij een ieder verbindende bepalingen bevatten) aan de wet en dus het ontbreken van enige legaliteit, de gebondenheid van het bestuur aan de wet versus de eigenmachtigheid deze

terzijde te schuiven, het zijn allemaal argumenten waar Fleuren niet aan toekomt. Verdragsrecht lijkt een aura van heiligheid te hebben waaraan fundamentele constitutionele beginselen, die op internationaal niveau nagenoeg geheel ontbreken, zonder meer kunnen worden opgeofferd.

Er zijn nog wel een paar punten waarover men van mening kan verschillen met de auteur, en deze recensent doet dat ook. Ik noem hier nog slechts de opvatting dat toetsing aan organieke wetten hetzelfde is als toetsen aan de Grondwet. Althans zo begrijp ik zijn redenering dat ook sedert de gevallen waarin parlementaire goedkeuring ~~van verdragen~~ achterwege kan blijven op grond van artikel 91 lid 1 Grondwet ~~is~~ geregeld bij wet (Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen), toetsing van (achterwegelating van) de goedkeuring aan deze wet gelijkstaat aan toetsing aan de Grondwet; de Grondwet, zo stelt Fleuren, bevat immers nog de hoofdregel dat goedkeuring nodig is. Dit lijkt me een moeilijk aanvaardbare interpretatie. Deconstitutionalisering was werkelijk bedoeld om bepaalde dingen niet meer te regelen door regels die gelijkstaan aan de grondwettelijke regels. Het zou ook een geheel nieuwe kijk zijn op de status van (organieke) wetten. Dit een en ander doet echter geheel geen afbreuk aan de kwaliteit van het geleverde werk. De lange jaren waarin schrijver aan het onderwerp heeft gewerkt, hebben een uitstekend boek opgeleverd dat nog heel lang zal staan als een standaardwerk op het gebied van het verdragsrecht in Nederland.

Leonard F.M. Besselink  
Addis Abeba, februari 2007